

# HUKUKU AMME DERSLERİ

## 2

### Devlet Anasının Hukukî Şeraiti

#### ERAZİ

Bir devletin müesses bulunduğu erazi, devlet denilen mevcûdun nevî faaliyetinin (hakimiyetinin) ceryan ettiği muhittir.

Erazinin hukukî ehemmiyeti iki tarzda tezahür eder.

1 — Salip tir, diğer her hangi bir devletin hakimiyetinin burada te'siratını selp eder.

2 — Calip tir, bir erazi hangi devletin hakimiyeti Altında ise orada mütemekin olan bütûn efrat, yerli, ecnebi onun iktidari amme (pouvoir public)sine tabidir.

Bir memleketin kanunî mevzuatına nazaran mahallî amn mukarerat itihazına salâhiyetdar olan mercilerin; meselâ: vilâyetlerin veya belediyelerin *amirane* salâhiyetleri de ayni hasiseyi haizdir. Her valinin vilâyeti dahilinde mahsus kanunlarla haiz olduğu *vilâyeti amme* salâhiyeti kendi vilâyetinin hududu dahiline şamildir; ancak şubatı idariyenin haiz olduğu vilâyeti amme salâhiyeti devletin zatından muştaktır, tabiri diğerle, devletin iktidari *asli* (originaire) dir; halbuki vilâyetlerin ve belediyelerin iktidari, muştak bir iktidar (pouvoir derivé) dir.

Bir devletin erazisinde muzaaf bir karakter vardır:

1 — Devletin *zıhak* olması itibarile bir unsurdur.

Bu, devleti teşkil eden efradın temekün hassasının neticesidir.

2 — Erazi, devletin varlığının *şartı* olması itibarile de bir unsurdur.

Devletin faaliyetinin inkişafı muayen bir eraziye, bir muhite

bağlıdır. Devletteki bu karakter, onu diğer cemî teşekküller, korporatif varlıklardan ayırır; onlar erazi kaydına tabi değildir. Devlet iktidarının haricen ittisai ve zatına ihtisasıdır ki bir devletin gayesinin husulünü tahtı temine alır.

Aynı erazi üzerinde müesses iki devlet olamaz; çünkü her ikisi hakimiyeti haizdir ve menfaatlarının taaruzu halinde nizaî hukukîyi fasl edecek merci'in bulunmaması dolayisile daimî bir harp içinde kalırlar. Halbuki bir devletin erazisi dahilinde sayısız ictimai zümreler bulunabilir; onlarda devlet iktidarı, aslî bir iktidar yoktur; kanunun verdiği salâhiyetler vardır. Hukuku ammede *iktidar* devletin unsurudur ve bir binnefis mükellefiyet (auto-obligation) ile tahdide oğrar. Halbuki mezkûr zümrelerin salâhiyetleri devletin kanunlarla tahdit edilmiştir.

Aynı erazi üzerinde iki hakimiyetin olamayacağı kaidesine bir istisna teşkil eden ahval vardır.

1 — Bosna ve Herseğin Avusturya ve macaristana ilhakin-  
dan evvel ve sonraki şekli bir kodamina (Co-dominat), daha doğrusu muasır devlet hukukî telâkkiyatına nazaran hakimiyette iştirak şeklini irae ediyordu (co-imperium) Fakat bu vaziyette bulunan erazi üzerinde nevî bir hakimiyet vardır yoksa her iki devletin seyanen hakimiyeti filin tatbik olunmıyor.

Kodominaların hukuku, amme ile hukuku hususiyenin memzûç bulunduğu zamanlarda yani emperyom ile dominyomun (imperium, dominium) yekdiglerine karıştırıldığı zamanlarda hakikî bir ehemmiyeti haizdi.

2 — Federal devletlerde hakim devlet ile ittihadı dahil olan devletlerin hukukî vaziyetleri karşısında erazi, bir vaziyeti mahsusı irae eder; böyle bir teşekkülü siyaside hakimiyet, yani tahdid binnefis (auto-limitation) iktidarı hakim devlettedir federe devletin iktidarı federal kanunlarla tekayütedir.

3 — Bir devletin kendi erazisi üzerinde diğer bir devlet için hakimiyetini takyit eden mükellefiyetler altına girmesi ...

Bu taktirde lehine kaytlar (servitude) ihtas olunan devletin iktidarı aslı (originaire) değildir muştaktır (derivé)

4 — Askeri işgal altına giren bir erazi kıtasının hukukî vaziyeti vardır. Bunda da bir hali filî vardır: İşgal eden devletin hakimiyetinin orada filen te'süsüdür. Kaidemize bir istisna teşkil etmez.

Bazıları erazi, hakimiyetin cereyan ettiği muhit olmak itibarile, devletin aynı haklarının teallük ettiği nesne (objet) addetmişlerdir. Bu telâkki de emperiyom ve domiyom (imperium, daminum) mefhumlarının karıştırılması neticesidir.

Devletin erazisi üzerindeki hukuku hükûmranisi, hukuku ammeğe girer, onda hukuku hüsusiye ahkâmı cereyan etmez. Bir Devletin hukuku hükûmranisi emir ve kumanda iktidarile teayun eder cemadat bir emre muhatap olamaz; binaenaleyh bir erazi üzerinde hukuku hükûmraninin icrası insanlar vasıtasıyledir. Erazi mustakillen hakkı hükûmranî mevzu'u olamaz.

Meselâ : menafii umumiye için istimlâk muamelesi bir hukuku amme tesarrufüdür; bir kanunla olur; kanun insanlara hitap eder, bir istimlâk muamelesinde bu hususta karar ittihaz eden merci'in yaptığı hukukî fiilde bir aynı hukuk mahiyeti yuktur. Aynı hukuk ahkâmı istimlâk muamelesinin ikinci safhasında; idarî karardan sonra, cereyan edecektir. ( bir mülkün kimet ve ya noksanı kimetinin tazminine dair olan dava, bir hukuk adiyeye davasıdır.)

Erazi Devletin unsuru olmak itibarile beynelmilel munasibatta devletin hukukî şahsiyesinin taayurunda esastır. bir devletin erazisine tecavuz, şahsına tecavuz mahiyetindedir. Yoksa hukukî hüsusiyyede olduğu gibi bir kimsenin erazisine tecavuz mahiyetinde değildir. Bu noktai nazardan erazi ecnebi memleketlerde bulunan taba üzerine hakkı hükûmraninin icrasının şartıdır.

Verilen izahattan anlaşılacağı vechile devlet tecezzi kabul eder bir mahiyet olmayınca, binnetice, anı teşkil eden anasır da tecezzi kabul etmez; bu esas, bir çok devletlerin teşkilatı esasiye kanunlarına girmiştir.

Halbuki terk ve ilhakı erazi suretile bir devletin erazisinin tecezzi ettiğini görüyoruz. Bu, mühim bir istisna teşkil eder gibi görünüyorsada mes'ele görüldüğü gibi değildir. Biliyoruzki hukuku amme noktai nazarından erazi üzerindeki hak, hakkı hükûmranî

(İmperium) dir. Hakkî hükümrani da insanlar vasıtasile tecelli eder. insanlardan mucerred olarak yalnız erazide değil..

Bir Devletin hükümrani hukuku genişler, diğer bir devletinki daralır bunda devletlerin zihak olmaları itibarile vazivetlerinde bir tebedül vardır; fakat şahıslarında değil... Bir Devletin hakimiyetinin cereyan ettiği muayen bir erazi buldukça mevcüdiyetine hâlel gelmez.

Bu kabilden olmak üzere hukuku beynelmîle devletın ölkesile açık denizler arasında bulunan deniz kısımları var, ona erazi denizi ( merterilarial ) denir . Son zamanlarda tayari-lerin icadı ve umunun istifadesine arzile erazi denizi mahiyetinde hava mülkû (domain aeriye) ahkâmı doğdu; bu her iki şekilde de asayiş emniyet altına almak için devletlere bir zabita selâhiyeti tanıyoruz .

Devletlerin hükümrani hukukunun bu suretle genişlemesi onların şahısları üzerine tesir etmez.

Nitekim, yeni bir devlet zuhura geldiği vakit bir devletın araziye sahip olduğu manasını anlamıyoruz. Bir heyeti ictimaiyede bir hükümet vücüd bulup tesüs edince, yani emrini dinletmeğe muktedir olduğu bir mıntıkai erazi tayün edince dirki devlet doğar. Erazinin devletın unsuru olması itibarile haiz olduğu bu hukukî vaziyet, bir devletın idarî teşkilâtında da aynı tarzda gürülür.

Meselâ şahsiyeti haiz olan erazi aksamında [ Vilayet, köy, gibi ] devlete izafeten yapılan hukuku amme tesarrufatı ne derecede vasi olursa olsun bunlar içinde erazi her şeyden evvel şahıslarının unsurudur; demek doğrudur . Onlar da haddi zatında salâhiyetlerini eşhas ve eşya üzerine istimal ederler.

İdarî şubatin buldukları erazi üzcrinde ki salâhiyetleri eşhas dolayisiledir. Mehallî hükümetin ne gibi husnsatta hukuku amme tesarrufatında bulunacağı kavanini mahsusa ile tayin olunmuştur. Diğer ahvalde hukuku adiyeye ahkâmı cereyan eder. İdarî şubatin hudutlarının değişmesi onların manevî şahsiyetlerine te'sir etmez.

Devletin erazisile münasebetinin bir hukuku aynıye münasebeti olduğu iddiası kuruni vustada çikiyor.

Hukuku tabiiye mektebi taraftarlarına göre devlet, eşhas zümresinden ibarettir. Ne Kant ve ne de Boden, devliti tarif ettikleri vakıt, eraziden bahs etmiyorlar; ve erazinin hukukî vaziyetinden bahs ettikleri vakıt, Devletin mülki diyorlar ve bununla kıralın erazi üzerinde bir aynı hakkı ( droit reel ) olduğu va'iz ediyorlardı. Nitekim bizde de o devirde aynı mefhumu buluyoruz: mülk padişahın, ırz padişahın deniyordu.

Devletin bir hukuku amme şahsı olmak itibarile bir hakkı olacağı fikri son devir ilmi telâkkıyatın mahsuludur.

## Devletin ehalisi

Bir devleti teşkil eden efradın hey'ti mecmuası muasır devletlerde milleti teşkil eder.

Bir Devlet dahilindeki halkın iki fonksiyonu (fencion) vardır.

1 — Fâil (actif) dir, bu itibarla iradei umumiyenin husulüne iştirak ederler; vatandaşlık hukukunun neticesi ..

2 — kâbil (passif) dir, bu itibarla da devletin faaliyetinin talluk ettiği bir nesne (objet) dir, hukûmetin emirlerine tabi olur.

Bu tefrikin Ruso tarafından yapıldığını biliyoruz. Her ferdin iki sıfatı vardır; evvelâ vatandaşdır (Citoyen) bu sıfatı itibarile iradei milliyenin teşekkülünde iştirakı vardır.

Saniyen tabaa (Sujet) dir, bu sıfatile de iradei ammeden sadir olan emirlere tabi dir [\*] Halk bu fail vasfı itibariledirki devletin (subjectif) bir unsurudur. Ancak hakimiyeti milliyeye pırensibini kabul eden muasır demokrasilerdedirki halk da bu sıfat belirir. Devletin hey'i (corporatif) bir varlık olduğu nazarı itibara alınınca nefsi unsur, efradın hey'eti mecmuasında tezahür eder. Eğer bir ehali kitlesinde bu nefsi vasıf zahir olmazsa onlar bir devlet teşkil edemezler, çünkü efradın bir vahdet teşkil etmeleri için iktiza eden unsur mefkuttur. Zamanımızda müstemlike halkının vaziyeti bu kabiledendir.

[\*] Ruso, ictimai mukavele, ictimai mukaveleye göre şürekânın hey'eti mecmuası halk(peuple)namını alır. Vilâyeti hakimaneyeye (autorité souveraine) iştirakleri itibarile vatandaş, devletin kanunlarına riayetleri itibarile de tebaa tesmiye olunurlar. Contrat social, 1, 6.

Bundan şu netice çıkıyorki dahilî vahdet, bir vahdeti siyasiye teşkiline kâfi değil.. Devlet siyasi bir vahdet olduğuna göre bir devleti teşkil eden vatandaşların hey'eti mecmuası hukukî vaziyetleri itibarile vilayet (autorité) cihetinden bir zümreleşmedir.

Efrat, devletin azasıdır fakat aynı zamanda bir şürekâ kumpanyasıdır vilayet (autorité) unsuru ile birlik unsuru devlet hey'etinde zarureten birleşerek mütecanis bir mecmu teşkil ederler.

Devletin kumanda iktidarı noktai nazarından halk, devletin hukuku hukûmranisinin, (imperium) teallûk ettiği nesne (objet)dir.

Devletin hakkı hukûmranisinin taallûk ettiği nesne (objet) olmak itibarile halkın, devletin emirlerine mutaveatı dolayisile kâbil (passif) bir takım mükellifiyetleri vardır. Ancak, devletin azası olmak itibarile haız olduğu hukukî vaziyet dolayisiledirki devletin karşısında halk zihak (sujet de droit) sıfatını muhafaza eder ve binnetice devletin iktidarı hukuku efrad karşısında te-kayud eder.

### Vilâyeti amme[\*]

Yukarıda verdiğimiz izahat bizi devletin üçüncü unsuru olan vilâyeti amme (autorité publique) ye isal eder.

Muayyen bir gâye ve maksat altında toplanan bir takım insanların gayelerine vusulleri için onları sevk ve idare eden bir irade nin lüzümü aşikârdır. Müşterek gâyeye vusulunu temin altına almak vazifesini üzerine alarak emir eden ve emirlerinin icrasını gözeten irade, zümrenin (groupe) iradesini temsiledir.

Bir ictimai hey'et içinde bulunan her zümre (groupe) ayrı bir varlıktır. Bu itibar ile kendisine mahsus bir iktidara (pouvoir) maliktir. Bu iktidar iki türlü olur bir zümrede ya zecir iktidarı vardır ve ya yoktur. Eğer yalnız sadece bir iktidar varsa, zecir iktidarı yoksa, zümrenin faaliyetini idare eden irade emir verir

[\*] Vilâyeti amme tabirini (autorité publique) mukabili olarak kullanıyoruz; *res publicum*, *potestas* da hukuku amme de vilâyeti amme-yi ifade eder.

*Potestas* (potestas) zati bir manfaat teminine masruf olmayan bir salâhiyet manasınadır. Meselâ: velî ve vasiinin haız olduğu salâhiyet gibi.

fakat emrini infaz için icraî vesaiti olmaz. Meselâ: o zümrenin azası zümreden ayrılabilir. Borçları varsa mükellefiyetlerini ifa ettirmek için zecir iktidarını haiz zümrenin (devletin) muzaheretî lâzımdır.

Halbuki zecir iktidarı, bilakis, mukavemetsüz bir iktidardır. Böyle bir iktidarın vücüdu takdirinde emir katî surette icra olunur; emir veren zümre kendisine muhalefet edenî iradesine râm kılar. Bir fert zümreden çıkmak isterse bile, kumanda iktidarını haiz olan zümre onu bizzat, mükellefiyetini ifaye ve ya bir mahkûm ise cezası müdetini bitirinceye kadar cebren zümre dahilinde tutabilir.

Amme kudretinin (*puissance publique*) nufuzundan hiç bir kimse masun kalamaz. Böyle bir iktidarı haiz olmak, hakkı hükümraniyi *imperium* haiz olmağa mutevekkiftir; bu da zümrenin devlet olmasına vabestedir.

Bir ferdi hakimane bir surette iradesine tabi tutmak ..., işte devlet zümreleşmesini diğer herhangi bir zümreden ayıran mustak.. Böyle bir salâhiyet, fert veya mehallî bir idarî şubede dahi olsa manbaî, menşei devlettir.

Bir ihtilâl zamanında kumande eden irade, filî bir hal irae eder, en yüksek bir ictimai kuvvetin mümessilidir. Fakat, normal hal avdet edince o irade emir etmek için sabit bir takım kavaidi tanzimiye muhtaçtır ve sabit bir takım kavaidin vaziledirki *filî* hal *hukukî* bir hale inkilab eder. İradenin efal ve harekâti sabit kavaide ibtina edince hükûmet ile ahali arasındaki münasebet, bir hukukî münasebet şeklini alır. İradei amme hukukî kavaidin tahdidatı altına girer. Bunabinaen *vilâyeti* amme mefhumunda zimni bir mana vardır: o da, *nizami hukukî* (*ordre juridique*) tir.

## Devletin zatî mümeyiz vasıfları

### I

#### ŞAHSİYET

Devletin şahsiyeti mefhumu, muhtelif surette anlaşılabilir. Billhasa Alaman hukuk edebiyatında hükûm süren telâkkiye göre, devletin şahsiyeti bir milletin devlet teşkilatı, yalnız efrat

değil, milletten ayrı olarak *hukukî* bir varlığa vücut verir. Filvaki milletsiz devlet olmaz, fakat bu telâkkiye göre millet (ahali) erazi ve devlet iktidarı gibi bir unsurdur. Devlet teşekkül edince kendi kendisine bir hukukî şahsiyete malik olur. Tabiri diğerle, devlet milletin *zihakkı* değil kendi zati hukukunun sahibidir.

Bir kısım hukuklar milletin bir hukukî şahsiyet olacağını kabul etmiyorlar; Diğer bir kısmı ise milleti devletten haric olarak bir hukukî şahsiyet kabul etmiyorlar; bu suretle bir devlette iki hukukî şahsiyet olmuş oluyor; devlet şahsiyeti, millet şahsiyeti..

Devleti milletten ayrı bir cevheri zati olarak telâkki eden bu nazariyeler, Fransa inkılabının tesis ettiği hakimiyeti milliye prensipine münafidir.

Demoksarı klasik, hakimiyetin millete olduğu prensibini vaz etmekle, devletin iktidar ve hukukunun hattı zatında milletin hukuk ve salâhiyetlerinden başka bir şey olmadığını ifadeetmiştir. Binaenaleyh, devlet milletten ayrı bir hukukî şahsiyet değildir. Devletin hukuk ve salâhiyetlerinin milletin hukuk ve salâhiyetlerinden başka bir şey olmadığı dermeyan olununca devlet, milletin hukukî bir teşehüsünden başka bir şey olmaz. Binaenaleyh, hakimiyeti milliye prensipi fikri, devletin, milletin haricinde hukukî bir varlık olacağı telâkkisine mahal bırakmaz. Devletin milletten hariç hukukî bir varlığı olmadığı gibi milletin de devletin akdem hukukî bir varlığı olamaz. Millet, hukukan teşkilât altına girmekle, o teşkilat ve kavanine tevfikân icrayı amel etmeğe başlamakla, derki kendisinde hakimiyet vasfı belirir.

Tabiri diğerle millet, ancak devlet teşkilatı ile derki hukuk alanında bir şahıs olur; devlet ve millet bir şahsın iki cebhesidir, bu itibariledirki bu nazariyenin taraftarları devleti, milletin hukukî bir teşahüsüdür diye tarif ederler [\*]

Devletin şahsiyetini inkâr edenler. — Fransa inkılabından beri ilmi nüfuzunu muhafaza eden bu telâkki bugün devletin ve milletin şahsiyetini inkâreden bir doktorin tarafından rededilmektedir.

[\*] Esmen Element de. l'Etat'd. c. Le Fur, l'Etat



Bu da iki istikamet almıştır : Berthelemy ( Bertelemi ) ye göre devlet bir şahsiyet teşkil etmez devlette vatandaşlar vardır; vatandaşlar münferiden bir takım hukuka sahip oldukları gibi cemî olarak ( Collectivement ) ta hukuka sahiptirler. Vatandaşlardan hariç hukukî bir şahıs yoktur; devlet insanların müşterek manfaatlarını idare için bir surette zümreleşmesinden başka bir şey değildir.

Bertelemi devletin şahsiyetini inkâr ediyorsada hiç olmazsa tezini hukukî bir esasa iptina ettiriyor: o teşkilât altında bulunan cemî varlıkların hukukî mahiyetlerinin bir türlü anlaşılması hududunu aşmıyor.

Halbuki devletin şahsiyetini inkâr edenlerden bir kısmı noktai nazarlarını efradın maddî şahsiyeti ve iradeleri esaslarına iptina ettirerek efradın haricinde her hangi bir hakkın bulunacağını kabul etmiyorlar [\*]. Sebebi şuki: bir cemiyette zihayat olarak yalnız efrat vardır; yalnız onlarda irade vardır. Devletin şahsiyeti mefhumu erbabı hukukun dimağlarının mahsulüdür; ve bu nazariyenin te'sisinde amelî bir faide de yoktur; diyorlar.

Zikri geçen noktai nazarı esas tutarak ya devleti efradın mecmuundan ibaret bir varlık ad ediyorlar, jez gibi .. ve ya devleti idare edenlerin idare edilenlerde daha kavi olmaları itibarile kendi iradelerine tabi kılmaları şeklidir diyorlar, Dügi, gibi.

Mezkûr nazariyenin tenkidi.—Realist namını alan bu nazariye, erbabı hukuk tarafından kabul olunmamıştır. Realist nazariyenin bahır olan kusuru şudurki maddî şahsiyetler üzerine iptina edecekim diye erbabı hukukun her şeyden evvel meşğol olmaları lazım gelen hukukî şahsiyetleri inkâretmesidir. Bu nazariye hakkında her taraftan serdedilen itirazat şunda ittifak ediyor: onun taraftarları şahsiyeti hukukiye ile maddî mevcudiyet karıştırıyorlar. Filvaki maddiyat aleminde bir devlet şahsiyeti yoktur, fakat erbabı hukukun meşğul olacağı cihet bu değildir. Acaba devlet, hukuk aleminde bir varlık değildir; yani *fâil* ve *kâbil* bir hak sahibi değildir?

[\*] Dügi; l'Etat jez, les princips généraux du droit administratifs

İmdi görüliyoruzki hukuk, fikriyat sahasında ve binnetice mücerredatta izharı bir mevcudiyet eder. Maddî şahısların, hukukî şahsiyetleri onların maddî mahiyetlerinden mütevellit değildir; esaret cari olduğu vakitlardaki hukuk ta bını gösterir.

Filvaki, hukuk mefhumlarının mahsulü hayal olmayup ma vakaa mutabık olmaları, tabiri diglerle, hukukî şahsiyetin bir ifadesi olmaları lâzımdır. Hukuk insanların bir nevi münasebatına taalluk eder; İnsanı şahsiyet, nasıl bu türlü münasebatın bir mevzu'unu teşkil ediyorsa devlet şahsiyeti de aynile bir mevzu teşkil eder.

Jez ve Dügi tarafından devletin iradesini izhar edecek bir varlık olmadığı iddiası da mes'eleye bir şey ilâve etmiş olmaz; zira digler her hangi mutaleadan kat'inazar şü'uru muhtel alanlarda da kamun bir hukukî şahsiyet tanıyor.

Binaenaleyh şü'ur, hukukî şahsiyetin esası degildir.

Bertelemin nazariyesinin reddi. — Berteleminin, devlet bir şahıs olmayup efradın zatî menfaatlarını te'min yolunda cemî bir vaziyet halidir; tarifi de tetkike şayandır:

Mr Pillet (Pille) şöyle diyor: millî menfaatin efradın zatî menfaatlarından ibaret olmadığını göstermek için şahsiyeti tetkik etmek kâfidir:

1 — Cemî varlık ensali hazırardan ibaret değildir, şimdiki ve gelecek nesillerin menfaatlarının zamin ve kâfilidir; binnetice onun semerelerini yakın ve uzak bir zamanda verecek icraatı vardır; bazen devlet efrada öyle mükellefiyetler tahmil ederki kendileri ondan istifade etmeyecektir.

Velhasıl devleti hazır nesillerin zatî haklarının bir vaziyeti mahsusası adetmek, devletin ebedi bir hey'et olduğunu unutmakla müsavidir.

Le Fur (lefür) diyor ki efradın menfaatlari karşılaşıp ve çarpışır, binaenaleyh bir mecmua irca olunamaz. Vakıa devletin hukukunu istimal etmesinden binnetice istifade eden efrattır; Fakat bu istifade bilvasıtaadır. Devletin faaliyeti efradın hususî menfaatları haricinde millî menafi'i istihdaf eder. Eğer efradın men-

faatlarından hariç bir millî manfaat varsa devlet te o menafiin temerküz ettiği bir varlık olduğundan hukukî bir şahıstır.

### Devletin şahsiyeti : Cemî irade esası

Devletin şahsiyetini kabul eden ikinci bir doktrin de hukuku ammetesarrufatını yapanların ( idare edenlerin ) şahsî iradelerinden hariç şeni, ve cemî bir iradeyi temsil ettikleri kanaatına iptina eder. Bu telâkkiye göre devlet bir şahıstır, cemî iradenin mahallidir.

Mezkûr nazariye iki istikamet almıştır :

1 Organique (organik) nazariye.

2 Sadece cemî irade [organik nazariyeden mülhem olmaksızın]

Organik nazariye. — Almanyada organik mektebinin kabul ettiği esasa göre devlet bir uzviyettir; fakat bu uzviyet tabirini fizyolojik manada almamalıdır.

Devlet bir uzviyettir şu itibarile ki devleti teşkil eden efrat hey'ı (Corporatif) bir teşekül irae ederler. Devlet her ne kadar efrattan teraküp ederse de efrattan hariç bir varlığa, efradın iradelerinden hariç bir varlığa ve bir irade ve faaliyete malik olarak tek bir varlık halini irae eder; Cemî varlık olan devlet (être collectif) irade vahdetini ve harekâtını uzuvları vasıtasile temin eder Her uzvun ayrı bir ufulesi vardır. Uzvular arasındaki terabut türki (interdependance) uzuvların faal'iyetindeki ahengi temin ederek *irade birliği* husule gelir.

Devletin şahsiyetini Cemî iradeye iptina ettiren diğer bir ekole ise oraganik nazariyeden mülhem olmaksızın *cemî irade* nin varlığını iddia etmektedir. Buna göre cemî varlık içinde zümreleşen ferdi iradeler, müşterek bir gayeye müteveccih olunca yekdigerele kaynaşarak, bir birine nufuz ederek mutekabil amel ve aksülamel-lerle bir muhassala teşkil ederler. Bu muhassala cemî iradeyi teşkil eder [\*].

§ Verilen tafsilâttan anlaşıldığı vechile *cemî irade* nin varlığını kabul edenler şu esasatta birleşiyorlr:

[\*] Mestre les personnes morales, thèse 1899 .

Zeterman Begriffu. uvesen der ssgenannten jurislischen Persnnen, 62

1 — mademki *cemî varlık* hass bir *irade*ye maliktir hukukî ehliyete sahip olabilir ve bir hukukî şahsiyet teşkil eder.

Bu son nazariyeye göre devlet yalnız hukukî bir şahsiyet değil *hakiki* bir şahıstır (personne réelle).

Devletin hukukî bir şahsiyet olduğum iddia eden hukuk erba-bile, hukukî bir şahıs olduğunu kabul edenlerin iptina ettikleri esaslar ayrı olmakla beraber vardıkları netice birdir : Hukukî bir manade *devletin birliğini* (unité) irae ediyor. Bu birliğin esası iki surette zahir olur :

1 — Devlet şahıslardan mürekkep bir birliktir. Devlet hatı-zatında gaye olmayup onu teşkil eden şahısların menfaatlarını temine hadım bir vasıta olduğu mutalea olununca devlet ile şahıslar arasında sıkı bir münasibetin zarureti kendiliğinden zahir olur.

Devlet karşısında fertler bir hukukî münasebet karşısında üçüncü bir şahıs vaziyetinde değildir. Devlet bir çok fertlerin bir tarzda zümreleşmesi manasını ifade ettiği gibi bu tarz züm-releşme ile fertler inkısam kabul etmez bir varlık halinde be-lirir.

2 — Bu birliğin esası bir devleti teşkil eden fertlerin müş-terek menfaatlarıdır; *gaye birliğini* teşkil eder.

Organik nazariyeye göre fiivakı devlet birliği her şeyden ev-vel bir *gat illet* birliği (unité téléologique) ifade eder. Fakat gayede iştirak fikri devletin hukukî muhtevasında temyize me-dar olan şeyi ifadeye kâfi değildir. Hukuk ilmi maksat ve ga-yelerden evvel müessiseleri tespit etmekle mükelleftir.

Muayen bir gaye ve maksada muhtelif taraflardan vasıl olu-nabileceği mutalea olununca, devletin bir efrat vahdeti oldu-ğunu tebyin için en esaslı usulün, onun bünyesini, (structure) yani bu birliğin doğurduğu teşkilatın tetik edilmesi lâzım geldiği tezahir eder.

Labant d.yorki: müşterek muayen bir gaye ve maksada vu-sul zımnında umumî surette iki şekil zümreleşme vardır.

1 — Ya efrat mukaveleye mustenit bir şirket teşkil etmek üzere birleşirler.

2 — Veyahut efrat tecezzi kabul etmez yeni bir birlik, bir hukukî cevheri zatî teşkil etmek üzere birleşirler; bu takdirde, bu yeni teşekkül onların fevkında yeni bir *zıhak* vücade getirir.

Efrat arasında zümreleşme ne mahiyettedir; hukukî bir şahsiyet doğuruyormu? yoksa alelade bir hukukî münasebet halindedir? Bunu müspet bir surette tayin etmek için onun bünyesine, teşkilatına bakacağız: teşkilatında bir *irade birliği* varsa yeni bir hukukî şahsiyet vardır diyeceğiz. Müşterek bir gaye altında toplanan fertler bir şirketi teşkil ederken muamelatta bütün şeriklerin reyinin alınmasını şart koşmuşlarsa bu teşekkülde *irade birliği* esas olamayacağından fertler haricinde da hukukî bir şahsiyet olamaz.

Fakat eger zümre teşkilatı, bir ve ya bir kaç kişiye temsil salâhiyeti veriyorsa, mümessilin iradesi müşterek iradeyi ifade edecek ve otakdirde hukukan bir irade birliği vardır; diyeceyiz. Buradaki mümessilin iradesi şeriklerin ferdî iradeleri üstündedir.

Brinci halde ferdî iradeler terekkübu yoktur; şerikler ayrı ayrı zıhak olarak muamelatta bulunurlar.

İkinci şekilde ise ferdî iradeler kaynaşarak iradede bir birlik husule gelir, bu zümreleşmenin müşterek gaye ve maksdında ferdlerin iradeleri hesaba konmaz, ferdî iradenin hukukî bir mevki yoktur, yalnız müşterek irade vardır: *Cemî irade*; efrat uzviyen bir *birlik* teşkil eden bir hey'et (corporation) tir, bu itibarla teşekkül, cemî iktidar ve salâhiyetin sahibidir.

Binaenaleyh bir birliğe müncer olan teşkilatı itibarile de cemî varlık, hukukî bir cevheri zatî, bir zıhak olur.

Şunu nazari itabara almalıkî zümrenin bünyesini izhar eden teşkilat ferdî iradenin değil cemî iradenin mahsulüdür; bu itibarla teşkilatta tadilat yapılması lâzım geldiği vakit iradenin uzuvları tarafından yapılır.

Verilen izahatı icmal edecek olursak irade birliği olmayanla olan zümreleşmeler arasında atideki farkları görürüz:

1 — Birinci şekilde ferdî bağlayan yalnız hukukî bir *Mukavele* dir, ikinci şekilde ise cemî varlığın teşkilatı, statüsüdür; birliğin iradesini statü mucibince uzuv (organ) vazifesini ifa edecek fertlerin iradesidir.

2 — Birinci şekilde müşterek manfaatlar karşısında her şerik hissesi nispetinde *Zihak* olarak kalır.

Halbuki hey'ı (Corporatif) teşekkülde zihak cemî mevcuttur.

3 — Birinci halde müşterek faaliyet karşısında fert hukukî salâhiyetini ferden ve şahsan muhafaza eder. İkinci halde ise grubun me'murları onun namına muamelede bulunur.

Üçüncü farkın, Berteleminin noktai nazarını ret hususunda ehemiyeti zâhirdir. Berteleminin noktai nazarına göre insanın devlet şeklinde zümreleşmesi muşa'ı bir mülkiyet tevlidettiğine göre kendi hukukî sentezinde devletin şahsiyeti mevzu bas olamaz; zira muşa bir mülkte her şeyi'î hissa sahibi nefsi hukukî vaziyetini muhafaza eder; nefsi hukukun kaynaşması talâkisi yoktur ve bu itibarla devlet için *Zihak* olmağa mahal yoktur.

Halbuki devlet zümreleşmesi onu teşkil eden fertlerin bir birlik altında taazuvudur.

Devlet, mahiyeti itibarile bir takım fertlerin muayen bir gaye altında muşar' bir mülki idare için müşterek bir iradeyi malik olmaları dımdır; Uzviyen tek bir iradeye malik olan bir teşekkül altında fertlerin şahsiyetlerinin kaynaşarak bir birlik teşkil etmeleri ancak *hukukan* Cemî bir şahsiyet (personnalité collective) mefhumunun kabulile anlaşılabilir. Hukuk aleminde devletin şahsiyetinin manası budur.

Devletin bir şahis olduğu ifade edileceği vakit devletin insanî bir mevcut olduğu değil, belki hukukî bir vahdet (unité juridique) olduğu kast olunuyor; tabir diğerle devlet hukuk aleminin bir mevcudu olmak itibariledirki bizi alâkadar eder. Cemî menafii ve umurun sevk ve idaresi içine onda müdir (dirigeant) bir iradenin varlığı cemî varlığın efrattan hariç bir birlik olduğunu irae eder ve bu itibariledirki efradın fevkünde hukuk ve selâhiyeti haiz bir *Zihak* oluyor.

Bir devletin milkî taksimatının, hidematı ammesinin, ve umumî hadim müessesatın şahsiyeti hukukiyelerinin tayininde de bu esası mısdak tutmak icap eder. Zikri geçen taksimat ile müessesatın hukukî şahsiyelerinin tanınması nihap aynı esaslarda yani taazuv etmiş birer teşkilât ile cemî birer iradeye malikiyette bulmalıdır.

Binaen aleh Gemi varlığı, Berteleminin didiği gibi, bir çok zihakların cemî bir hukukî vaziyeti suretinde tarif etmemelidir; böyle bir anlayış hukukî şahsiyet mefhumule mutenakız olur.

hukukî şahsiyetin esası *Birlik* (unité) dir. Binaenaley cemî varlık bu suretle efradın haricinde tecezzi kabul etmez bir ferdiyet (individualité) olunca binnetice devletin hukukî şahsiyesiyetinin tek (une) olduğu tebaruz eder.

§ Bir devletin hukukî şahsiyetinin kabulunu istilzam eden ikinci hadisede *Temadı* (continütié) dir.

Bir cemî varlığı teşkil eden nesiller fani varlıklardır; halbuki devlet *daimî* dir. Devlet bu manada ebedî bir heyettir. Devletin muhtelif devirlerde heyi (corporatif) bir varlık olarak ber devam olması hukukî teşkilât sayesinde dir. Devlet namına yapılan bir mukavelei hukukiye veya kanunun te'sirati ensali hazıra ve mustakbeleyi borç altına koyar; meselâ biz elan sabık devirlerden intikal eden ve hatta memleket için müsmir olmiyan borçları ödemek mecburiyetindeyiz.

Bu hukukî mükellefiyet, devletin hukukî şahsiyetindeki daimiyet unsurundan ileri gelir; bu hukukî hadiseyi izah edebilmek için hukuk ilmi şahsiyet fikrinden sarfinazar edemez. Millî cemilik (Collectiveté nationale) hukuk aleminde bir teşehustur; onu, hukukta, değışmez ve arkası kesilmez bir *birlik* olmak üzere, anlamalıdır.

Netice., 1 — Serdolunan delâil ve izahattan anlaşılacai vechile Devletin hukukî vücudu, millî huhuku şekli ve idare edenlerin şahıslarını mulâhaza etmiyerek tayin etmek iktiza eder, hükûmet şekilleri ancak siyasi teşkilâtı müteesir eder suretlerdir. fekat zatını değıl . .

Siyasi teşkilât devletin karakterleri, ehliyeti ve şahsı değışmek-sizin değışebilir. Binaenaleyh devlet mefhumu hükûmet mefhumunun fevkindedir. Devlet taazzuv etmiş bir cemiliktir. yoksa devlet cemiliğın teşkilâtı degildir.

Devletin şahsiyetinin değışmez halı, devleti *idare edenter* ile karıştıran nazariyelerin ( Sosyaliste ) ne kadar hatalı olduğunu gösterir.

Netice, 2 — Diger bir neticede devletin muayen bir zamanda bir milleti teşkil eden mecmu efratla ifade olunamıyacağıdır.

Devlet ebedî bir hey'et olup layenkâtı değişen efrat kitlesinden terekküb ettiğine göre muayen bir zemandaki efrat mecmu'u, devleti izaha kâfi değildir. Devlet fertlerin fevkinde hukukî bir varlık olunca, devleti efrat mecmu'la izah etmek mutenakız bir ifade teşkil eder.

Devlet vatandaşların cemî bir teşekkülüdür; bu cemî teşekkül ister muayen bir zamandaki vatandaşlardan hariç adedilsin isterse layenkâtı'ı değişen efrat kitlesi manasına alınsın teczzi kabul etmez bir *birlik* teşkil eder, ve bu efrattan hariç bir varlıktır; şahsiyetini devlette bulur.



## HAKİMİYET

Devleti diğer ictimai zümrelerden ayıran vasıf, vilâyet amme, (autoité pulique) yi haiz olmasıdır. Devlet vilâyeti ammesi hesabılandır ki emirlerini dinletir; kendisinde, fertleri iradesine ram kılmak için, zecir iktidarı vardır.

Devlet iktidarı hakkındaki telâkkinin geçirdiği tehavvülden istinbat olunacağı vechile teokratik olsun, hukuku tabiye ekoloğunun nazariyeleri olsun, neticeten insanların fevkinde nazım kudreti haiz bir teşekkülün, bir varlığın zarureti teslimde müttetikler. Bu itibarla vilâyet (autotité) müessesesi, siyasi-ictimoi (Politico-sociale) bir vakıadır.

İnsan ictimai bir mevcuttur; hayatının bekası, nizam altına alınmış bir cemiyet dahilinde bulunmakla kabil olduğunu müdriktir. Fakat bir cemiyet dahilinde nizamın te'sis ve idamesi, insanların hırs, intikam ve haset hislerine firen koyacak, cemiyetin ahengini onların hususi menfaatlerinden kat'ınazar, umumun menfaatlerine müstenit *Hukuk kaidesi* nin nazım kudretine tabi kılacak bir varlığın, *Devletin* vücudu zarureti kendiliğinden anlaşılır.

Devlet iktidarını ifade hususunda istimal olunan hakimiyet tabiri nisbetin yenidir.

Evaildenberi *Vilâyeti amme* (autoitée pulique) tabiri istimal olunadurmaktadır. Kadim Yunanlıların (*kirion*) ve Romalıların *potestas* (Potestas) hukuku ammede *Vilâyeti ammeden* başka bir şey ifade etmezdi. Dinî telâkkilerin tek mil kültürü kapladığı devirlerde ruhanî ve cismanî vilâyet, bir elde idi. Bilahare medine dininin za'if kesbetmesi neticesi olarak cismanî vilâyetin ruhanî vilâyetten ayrıldığı görülür. Fustel de Caulange (Füstet de Kulanj) cité antique (site antik) nam eserinde kadim Yunan ve Roma medeniyetlerindeki bu tehavvülatı büyük bir vukuf ile tetkik etmiştir. Hatta Romalıla-

rın meşhur on iki levha kanunlarında *halkın iradesi* tabirne tesadüf olunur.

Fustel de kulanj diyorki “kanu artık nass değil halk tarafından kabul edilen bir metindir onu insanların iradesi vaz’ı ettiği gibi onu tağyir veya tadil edebilir.”.

Ruhanî ve cismanî vilâyet medine kırallarında iken vukulan ihtilâller neticesinde cismanî vilâyei hükmet reisine geçiyor, eski kıralların artık ruhanî bir reis olmaktan başka bir salâhiyetleri kalmıyor ve medine dininin git gide daha fazla sukut etmesi dolayısıyla nüfuzları günden güne azalıyor: Demek oluyor ki bu istihalât içinde ictimai hayatı idare eden dinî vezaiif siyasi vezaiif arasında bir iş bölümü husule geliyordu.

Roma imparatorluğunun teşekkülile beraber halka ait olan vilâyeti amme salâhiyetinin imparatorlar tarafından gasp edildiğini görüyoruz. Bu devirdeki Roma hukukçuları halka ait olan vilâyeti ammenin (potestas) hükûmdara geçtiğini vaaz ediyorlardı.

İmparatorlar cismanî vilâyet ammeyi halktan intikal suretile te'min ettiklerini ilân ettikten sonra allahların hadimi sıfatını takınarak, ve hatta allahlardan birisi üzerine nesep iddiası suretile kendilerine bir kutsî sıfat atfederek nüfuzu ruhaniden istifade etmek tarikine tevessül etmişlerdir.

Hiristiyanlık ve vilâyeti amme. — Medine dinin nüfuzunu tamamen kaybettiği ve halk manevî bir buhran içinde bulunduğu bir sırada hiristiyanlık zuhur ediyor. Filvaki hiristiyanlık musavatı insanlara karşı rahim ve şefkati emrediyordu. Fakat bir taraftan Papanın hata etmez bir mevcüt olduğunu ilân ile, rühbaniyet esasına müsteniden insanlar arasında imtiyazlı bir sınıf yaratıyor, diğer taraftan fertten körkörüne itaat istemekle kadim medine terbiyei siyasiyesi esasatını kendisine mal ediyordu.

Hiristiyanlık bidayeti intişarında Roma imparatorluğu tarafından tazyik edilmekteiken git, gide nüfuz peyda ederek evvelâ imparatorluğun müttefikı ve sonra rakibi kesildi.

Jani diyorki " hristiyanlık allahın krallığını, vicdan serbestliğini ve insanlar yerine cenabı hakka itaati emir etmekle insanlari devletin rakabesinden çıkariyor; onlara yeni bir takım umdeler vaiz ediyor, onlari kirali *allah* ve erkâni, eizze den ibaret olan semavî bir medineye davet ediyordu. Fakat bu medinede arz üzerinde harici şekli : hükûmeti ve bütün kavaninile mevcu idi kilisa ... devletin fevkinde ve asıl devlet bizzat kendisi idi. „

Hiristiyanlık bu umdelerile dunyaya hâkim olmak siyasetini takib ediyordu: yeni dogân dinile uluhiyet mefhumu medinenin mahsur divarlarını aşarak alemî bir mana aldığı gibi onun mantıkî neticesi olmak üzere vilâyeti amme telâkkisi de alem şumul bir mana aldı.

Biraz sora Sen Pol mezhebile (M. 63) bu telâkkide bir tahavvul husule geliyor Pol " kaysara ait olan kaysara veriniz, incil fıkrasına istinaden devletin vilâyeti ammesini kabul etmekle beraber cenabı hakkın vilâyetinin bütün vilâyetler fevkinde olduğunu ve hükûmetiere *itaatin* ancak âdil olmalarile yani allahın rızına muvafık bir suretle hareket etmelerile meşrut olduğu esasını ortaya attı.

Jan hrisostom (M.317-407) ise kayserin hukukuna hürmete dair olan incil fıkrasını esas tutmakla beraber ruhanî vilâyetin cismanî vilâyet fevkinde olduğunu vaiz ediyordu. " kirala *beden* ve ruhbana *ruh* emanet edilmiştir, kirallari takdis eden rühbandır. Binaenaleyh takdis eden takdis olunadan daha âli dir. „

Bu telâkkı altında kilisa kiralları muhakeme atmek hakkını iddia etti ve tatbik ta etti; ruhanî makamlar allahın mümessili ad oluniyor ve binaenaleyh kendilerine kiralları muhakeme etmek salâhiyeti tanıyordu.

XIII üncü miladî asırda Sen Toma ile yeni bir telâkkinin meydana çıktığını görüyoruz.

SenToma Aristot'tan mülhem ve Roma hukukî şuuruna sadık kalarak *Omnia potestas a deo per peplun* esasını ortaya attı. Bu esas altında vilâyet amme fikrinin rabbanî bir ilham olduğunu beyanla beraber siyasî teşkilatın insanları hukukî şu'urlarının

bir eseri olduğunu, vilâyet ammenin esasi olan kanun yapmak salâhiyatının insanların cümlei hukukundan olduğunu dermeyan ediyordu. kendisine göre insana , evvel emirde, itaat fikrini cenabı hak telkineder; fakat allah tarafından gönderilmiş bir kanun vazı'ı bulunmadığı için kanun yapmak selâhiyeti *cumhura* ve ya onun tevkiledscegi *zümre* ye ait olmak lâzımdır.

Feodalite devrinin siyasî tezebizübünden sonra kiralların bilhassa, serbest şehirler (burg) le akttettikleri ittifaklarla onlara bir takım imtiyazat bağışlayarak kirallığın nüfuzunu ve birliğini tesis etmeğe çalışırken bir takım erbabı hukuk ta *hakkullah* nazariyesinin ortaya attılar. Fransada, bilhassa, Boden bu nazariyenin ateşin mudafii idi .

Bu nazariyeye göre kiral allahın vekilidir vilâyetini allah - tan alıyor. Cenabı hak kulları üzerindeki vilâyetini kiral vasitasile mevkii tatbika koyar. Binaenaleyh vilâyeti emme kiralın zatında mündemiçtir.

Bu telâkki idiki Fransa kralı 14üncü Luiye “devlet benim,, (L'Etatc'est moi)sözünü söyletiyor. kiral allahın vekili olmak hasebile ilhamı rabbaniye mazhar oluyor, buna binaendirki “kiralın rızası allahın rızası dimektir,, [1] telâkkisi hükûm sürüyordu ; efrat kırala karşı sadakat ve itaatla mükellefti; zaten siyasî terbeyenin bu esasını medine hayatında buluyoruz. Medine dini ferde “fena fil medine,, yi emirediyordu bu telâkki kiralın oğruna fedeyi nefsitekin ediyordu.

Feodalite devrinden itibaren *imperum ile dominium* un karıştırılması neticesi olarak ölke kiralın bir milki ad olunuyordu; bu telâkki altında vilâyeti amme de bir ‘mülk mahiyeti (patrimonialité) görüliyordu; buna binaendirki kiral ülkesi üzerinde istediği gibi tasarruf eder; meselâ evlendirdiği bir kızına çehiz olarak bir ayaleti verrirdi,kiralın vefatında veraset neticesi olarak ecnebi bir pirensin bir memleketi gidip kiral olması umuru adiyeden ad olunurdu. Tarihte malum olan veraset muharebeleri bize bu telâkkinin vasi bir tetbikatını gösterir;

[1] La volonté de roi C'est la volonté de Dieu

nitekim kiral tecenün etse veya kendisine ateh arız olsa niyabet( régence ) usuluna muracaat olunurdu; yani hali'ı yoktu.

Hükûmeti mutlaka nehcinin esasle ahkâmını teşkileden bu nazariye, ta fransız ihtilaline kadar devam eden keyfi bir idarenin siyasetince mevki'i itibarda tuulmuştu .

Ancak bu nazariye fransız ihtilaline kadar aynı veçhile hükûmran olamadı .

XV inci asrın sonlarına doğru kiralın hakimiyeti mutlakası pirenşipine karşı bir aksülamel husule geldiğini görüyoruz .

1484 de bir hükûmet niyabeti meselesi dolayısıyla Etats generaux ( etajenero ) meclisteindi Philipe-po ( Filip-po ) tarafından CharlesVIII(Şarl)in niyabeti mes'elesinde eta Jenro meclislerinde irad ettiği nutuk şayanı dikkattir "vilâyeti ammenin mastarı halktır. Binaenaleyh naibi hükûmet tayini' mes'elesi pirenşler meclisine değil halka, yani onun mümessillerine aittir,, diyordu.

XVİnci asırda Sen Bartelemi faciasından sonra Nant fermasının feshi üzerine husule gelen kiralik aleytarlığı ile *tabiiyet mukavelesi* (Theorie de pacte de sujetion) meydana çıkıyor ,

Bu nazariyeye göre vilayeti amme cenabı hakta isede manbai halktır, halk haiz olduğu iktidarı kirala firağ etmiştir; fakat bu firağ meşruttur; kiral ahdini nakz ettiği gibi mukavele munfesih olur ve kendisinin amme üzerine tasarrufu ğayri meşru olur; böyle ahdini bozan kiralın katli de meşrutur diyordu .

Bu telâkkinin Hanri III nin katlinde amil bir tesiri olmuşur ,

İlhamını Sen Toma dan alan bu nazariye teokratik mezhep dahilinde mukavele eksına müstenit halkçı bir esas koyuyordu .

## Eski türk ve islâm siyasî teşekküllerinde hakimolan teokratik telâkki

Eski türklerde islâm alemindeki hukuku amme telâkkiya-

tına bakacak olursak garp telâkkiyatına nazarın şayan dikkat bir zihniyet farkı görüyoruz .

İslâmiyetten evvel Belh şerhi merkez olmak üzere münkeşif bir medeniyeti olan *kara hitay* hanlığında han intihabı hakkında kâtip çelebi "Cihan numa," sında şöyle diyor :

"Eger hakan dahi olsa kanun üzere mazul ederler günah anlar yanında terki kanundur .. Şöyle ki üç günah sadır olursa ol kimse padişahlıktan düşüp evladı dah, mücrim olur ve saltanat ellerinden gider . Han her ne kadar "ibni sema," diye telkip ediliyorsa da bir me'mur gibi munazil olabilirdi, Fakir eder Cengiz hanın vaz ettiği kavanin ki *yasa* tabir olunur. Umum üzere Tataristan ve Hitay da sakin ubidei esnam arasında makbul ve muteber olur . Ekseri anınla amel ederler ; Kanun hakan olan içlerinde aalemi hanadan olmak gerek biri vefat etse ve ya kanuna muhalefet eylese mazul olur ,"

Moraca dö hassun'un moğol tarihinde Cengiz hanın vefatile halef intihap olunacağı sırada cereyan eden ahval hakkında verdiği izahat, kâtip çelebinin rivayetini teyit etmektedir .

"Cingiz'in vefatı üzerine halef intihab etmek üzere toplanan kurultayda azanın çoğu Cingiz'in oğlu Toloye taraf söz söylüyordu . vezir Çotsçay ise Cingiz'in vasiyeti veçhile Oğotay han seçilmesi için Çalışmasını Toloya tavsiye etti . Toloy vezirin bu tavsiyesini kabuletti ve *kurultay* da Cingizin kendisine halef olarak intihabettiği zata, Oğotaya rey verilmesini teklif etti . Bunun üzerine hanedan erkân ve ümera Oğotaya muraceat ederek hanlığı kabul etmesini teklif ettiler, Oğotay ise bilakis Toloyun *yasa* lara daha ziyade vakif olduğunu ileriye sürerek oanın intihabını tavsiye etti; fakat vuku bulan ısrarlar üzerine vasiyete binaen teklifi kabuletti, ve *han* intihap olundu ,"

## İslâmiyette vilayeti amme

— İslamiyette de hakimiyet allahtadır ,mülkûn sahibi odur . *İmamülmüslimin* ve ya *halife* olan zat bir memurdan başka

bir şey değildir (fıkıh kitaplarında imam ve halife kelimeleri, muteradif kelimeler halinde görülür)

Halife'nin hür, müslim aklî ve ilmî ehliyeti haiz, Cesur ve adalet hissile meşhun ve kuryş kabilesinden olması meşruttur. Bu ehliyet şeraiti hususunda bütün ülema müttefiktir. Hakikî hilafet peygamberimizin vefatından otuz sene sonra kalkmıştır. Abbassilerin sonuncusu olan ( Mutevekkil Alellah ) tarafından hilafetin Osmanlı hanedanından birinci Selime devir edilmesi islâm esasatı hukuyesile telif kabul eder bir keyfiyet olmadığı gibi, Osmanlı hanedanının hilafetin inttkalında *veraset* usulunu tatbik etmeleride islâm ahkâmiyle te'lif kabul eder bir esas degildi.

İmamülmuslimin ahkâmı şeriyenin tenfizile me'murdur. kanun vazında "üfta,, müessisi imamülmusliminin teşri'i faaliyeti takyideder, Bir husus hakkında fetva olmadıkca kanun yapamaz. Teşriî faaliyet dinî bir murakabe altındadır.

İmamülmuslimin yalnız *tazir* mesailinde dirki tasarrufatı ammede buluamakta *ruhsate* maliktir.

Fakat bütün bu esaaat islâm aleminde bir takım despotların türemesine ve kanlı bir istibdadın hükûm icra etmesine mani olmamıştır.

Ancak eski Roma vehiristyan teokratik telâkkilerden mülhem olan nazariyelerle *türk* harsında ki teokratik telâkkileri mukayese ettiğimiz zaman bizdekilerin ğarpdekilerine rüçhani inkâr kabul etmez. Garp teokratik nazariyeler kiralın mutlâk hakimiyeti ve tahtın bir mülk gibi intikali esaslarını koydukları halde bizdekiler icra makamını intihaplı yapmakla, (biat); han ve imamülmusliminin intihabında bir takım ehliyet şeraiti aramakla ve nihayet onlar hakkında da bir memur gibi mes'uliyet kaidesini kabul etmekle demokaasi nehcinin mühim esaslarını koymuş oliyordu.

Garp memleketlerinde taht irsen intikal eder, kiral cunun veya ateh gibi bir sebeble hukukî ehliyetini gaybetse hal'ı olunmaz niyabeti hukûmet (régence) te'sis olunur.

Halbuki eski Türk ve islâm telâkkiyatınca devlet reisinin her hangi bir sebeble hukukî ehliyetini geybetmesi hal'ı muciptir.

Görüliyoruz ki islâm hukukunda derececi temeddün itibarile *ümme*t devresinde olan bir islâm camiasini idare için siyasi vezaifte kâfi derecede iş bölümü vardır. Vezaifi ammenin *üfta*, *icra* ve *kaza* olarak üçe ayrıldığını görüyoruz; ancak bütün teokratik nazariyeler gibi bizimkilerde de asrî bir devlet teşkilatını meydana getirmeğe gayri kâfi dir. Çünkü bizdeki teokratik nazariyelerde de vilâyeti ammenin mastarı ülûhiyettir; metafizik bir mefhuma iptina ettiği için ilmî bir tetkika müsait değildir;

Dinî bir hukuk değişmez bir takım ahkâmı esasiye hakkında serbest düşünmeği selbettiği için inkişaf edememeğe mahkûmdur.

Halbuki hayat ebedi bir tekevvün (perpetüelle devenir)hali arz eder onu idare edecek nazım kaide de bu elâstikiyetin bulunması iktiza eder; aksi takdirde hayat şeraiti değiştikçe evvelce nazım bir rol ifa etmeleri itibarile ictimai bir nufuza mazhar olan kavait ve ahkâm, tatbik mevkiinden düşer; millî hayatın zaruretlerinden kuvet alan bir hayat hamlesi anları hukûmden iskat eder. Bir hukuk inkılabının manası budur.

## DEVLET MÜLK NAZARİYESİ

### La doctrin de l'Etat patrimonial

Hukuk istilahatı meyanında *hakimiyet* tabirinin nasıl vucud bulduğunu tayin edebilmek için *Devlet mülk* mezhebinin men'seini feodalte devrinde hakim olan devlet mülk telâkkisinin mahiyetini tetkik etmemiz icabeder.

Romada imparatorluk teessüs ettikten sonra vilâyeti amme nin *lex regia* ile halk tarafından tevkil suretile imparatora verildiğini görüyoruz, fakat bu telâkki bilahara imparatorların lehine tebeddül etti ve imparatorun haiz olduğu *emperimu* ve *dominium* un



kendisinin nefsi hukuku olduğu telâkkisi ortaya çıktı. Bu telâkkiye göre imparator halka vekâleten bir salâhiyet istimal etmiyor, nefsi bir hak sahibidir. Roma imparatoru kendi iradesile kanun yapar, ilğa eder ve bu, tasarruf *vilâyet amme* nin sahibi olması selâhiyetidir.

Feodalite devrinde *Vilâti amme* tabirine tesadüf olunmıyor gibi çünkü Feodalite nehci bir *concordat* (konkorda), mukavele nehcidir; senyor ile vassal münasebeti..

*Imperium* tabiri Alamanyada imparator ve Fransada kırala ait bir selâhiyet olarak tanımlıyor. İmpirator ve kıral feodalite aleminin büyük senyori ve onlar arasında sülüh ve salâh ve adaleti te'sis etmekle mükellef olmak itibarile onların fevkinde bir iktidar sahibi idi. Fakat bütün salâhiyeti amme *mülk* ad olunduğu gibi bu da, kıralın *hass* mülki idi. Senyoriler arasında kıral senyorisini başka bir kimseden almış değildi. zatında mündemiçti, onun için, *süperanus supremitas* kelimelelerini istimal ediyorlardı.

Bodin (boden) dirki XVI inci asrın son nisfinda, ilk defa olarak, *hakimiyet* (souverainité) tabirini, kıralın *hass* senyorisini ifade için kollanıyor ve "hakimiyet bir cümhuriyetin kat'i ve ebedi iktidarındır .

"Hakimiyetin alâmetlerinden birincisi ve en esashı, sureti umumiye veya hususiyede, herkes için ve kimsenin muvafakatini almaksizin, kanun yapmaktır., diyor (traité de la Republique 1593)

17 ve 18 inci asırlarda *hakimiyet*, kumanda etmek iktidarı olarak iyice tanımlanmıştı, bu iktidar kıraldadır ve hakkı milkiyet gibi bir hak olarak kıralın hukuku ayniyesi meyanına dahildir. Fakat şu farkla ki mahiyeti itibarile firağ kabul etmez ve hakkı mülkiyet gibi oda katî dir, kıralın bilhassa doğrudan doğruya iradesinin ifadesi olan kanunlar hakimiyetin tezahürüdür .

Seydel ve hakimiyet — Hakimiyeti kıralın hukuku mülkiye-

tinden adederek bu hususta azim bir caht sarfeden Alman erbabı hukuku meyanında Bavyeralı Seydel'i buluruz. 1783 te neşirettiği bir eserde şöyle diyor:

“Réalizm (şe'nilik) asrimizi temyiz eden bir farikadır diger bütün ulûm şubatında olduğu gibi hukuka da realizimi sokmalıdır, Yering (yering)ın hukukta gaye, nam eserinde olduğu gibi yanlış bir idealizme gitmemelidir:

Netice olarak diyorki “devletin şahsiyeti devletin hukuku mefhumları bir takım faraziyattır. Efrat erazı ve devlet iktidarı, kumanda iktidarının sahibi olan fert veya efradın aynî hukukun tealluk ettiği nesnelere. Vaküle alelittak hükûmdar manasına *prince* tabiri kullanıldığı gibi Seydel de *Hersher* (herşer) tabirini kullanıyor.

Hulâsa Seydel de devletin şahsiyeti ve devletin hukukî mefhumlarını faraziyattan adettikten sonra hakimiyetin hükûmdarın *nefsi* hukuku olduğunda karar kiliyor.

Seydelin *herşer* esası hakimiyet *mülk* nazariyesinde bir yeniliktir; ve haiz olduğu hususiyeti itibarile, yeni hakimiyet mülk mezhebi, *La doctrin neo-patrimaniale* namını almıştır.

Göriliyorki bu nazariye hakimiyeti kıralın *nefsi* hukuku cumlesinden adetmekle hakimiyet, mutlâka nehcine isal eder.

Seydelin nazariyesi şu suretle icmal olunabilir:

“Hershaft, (herşaft) devletin iktidari hadisesidir; hukuk bu hadiseden doğar. Devletin mevcudiyetinden evvel hukuk yoktur. Hukukun men'şei devlettir. hukuk *herşer* (herşer) in iradesinin ta'yin ettiği kavait ve ahkâmdan ibarettir.

Binaenaleyh her hukukun manbaı *herşerin* iradesidir. Şu-mohakakki *herşer* olmaksizin hukuk olamadığı gibi onun fevkinda veya ona mucavir (hakimiyete şerik) de hukuk yoktur.

Vazıhan anlaşılmış olduğu vechile Seydele göre hukuku amme yoktur; devlet iktidarı idare edenlerin *nefsi* hukuku ola-

rak kabul edilince binnetice hukuku ammenin mevcüdiyeti inkâredilmiş olur.

## Hakimiyeti milliye nazariyesi

Firansa büyük inkulâble başhyan demokrasi nehcinde Rusonun *ictimai mukavele* nazariyesinin ne esash bir te'sir yaptigini biliyoruz.

Ruso nazariyesinin şahsiyeti atideki iktibaslarda sezilir bir ictimai heyeti teşkil eden efradın mecmu hey'eti müşterek bir *benlik* vucuda getirir, bu müşterek benliğin ferdlerden ayrı bir mevcudiyet ve şahsiyeti vardır. Her birimiz şahsimızı ve bütün iktidarlarımızı *omumi irade* nin âli iradesine tevdi ederek tecezzi kabul etmeyen mecmu'un birer azası oluyoruz. Bu mukavele ile , akıtlar için, cemiyet teşkil eden efradın reyleri kadar reylerden mürökkep *cemî* bir hey'et husule gelir; bu cemî he't birliğini ve müşterek benliğin iradesini bu *mukavele* de bulur. (ictimai mukavele, birinci kitap, fasıl, 6)

Binaenaleyh *cemilik* (la collectivité) bir şahistir; mukavele nin mahsulüdür.

Çünkü bu şahsın teşekkülî anasını teşkileden müşterek benlik, *ene* müşterek irade ictimai mukavele neticesinde husule gelmiştir; millet hakikî bir şahistir; onun şahsiyeti ne mefruz bir şeydir; ne de mücerret bir mefhumdur, belki onu teşkileden efrattan hariç müspet bir şeniyettir. Milletın efradinkinden ayrî, umumî bir *irade* si vardır, bu irade, umumî bir irade olduğundan dolayidirki efrada karşı amiriyeti vardır ve efradın iradesini kendisine ramkıldığı içindirki *hakim* bir *irade* (volonté souveraine) dir.

Milletin şahsi hakimiyetin sahibidir. Bu hakimiyet dolayisile siyasi hey'etin koyamayacağı kanun yoktur; ancak kendisinden bir kısmını ferag edemez ve ya diger her hangî bir

hâkimin de emri altına ğiremez. Umumî iradeye itaat etmeyecek olan herkes cemî hey'et tarafından itaata icbar olunur.

Hakimiyet Umumî irade dir, veyahut, ki ayni şey demektir, Umumî irade hakimiyete sahiptir. Binaenaleyh hakimiyet ve umumî irade, tamamile, tefrik kabul etmez iki unsurdur, hakimiyet firağ kabul etmez ayni zamanda, bir iradeyi tazammun etmesi itibarile de, bütün iradeler gibi tecezzi kabul etmez; bînetice hakimiyet gerek mahiyeti ve gerek tarifimiz vechile firağ olunamaz ve técezzi olunamaz.

“Hakimiyetin gayri kabili firağ olmasını intaceden sebep dolayisiledirki tecezzi kabul etmez; zira irade ya umumîdir veya değildir, ya halkın iradesidir veya bir kısmının iradesidir.

Birinci halde iradenin ifadesi bir hakimiyet filidir, bir kânundur. İkinci halde nevî bir irade dir olsa olsa *karname* (déeret) dir.,

[İctimaî mukavele , kitap; 2 fasıl. 2]

Hakimiyete sahip olan milletin şahsiyeti prensibi hakimiyetin gayri kabili firağ ve tecezzi olduğu esaslarile ihtilâl teşkilatı esasiye kanunları ahkâmına girmiştir. Hukuku beşer beyannamesile 1789-1791 ve sene III kanunesasilerinin atidekki ibaresini hatırlatmak kafidir.

“Hakimiyet millettir. Hiç bir hey'et hiç bir fert sarahaten milletten sudur etmiyen bir nufuz ve salâhiyeti istimal edemez.,

1789 h.b. beyannamesi madde 3 :

“Hakimiyet birdir; tecezzi kabul etmediği gibi firağ da kabul etmez ve hakkında mururu zaman iddiası dermeyan olunamaz.

Hakimiyet millettir; hiç bir kısım ehali veya hiç bir fert hakimiyetin istimalini kendisine muhtass kılamaz.,

Ruso nazariyesinin mantıkî bir neticesi de hakimiyette tevkilin caiz olamayacağıdır. Hakimiyetin bir kısım efrada tevkil eden halk, onu firağ etmiş demektir.

“ Hakimiyet iradei umumiyenin istimalinden ğayri bir Őey olmayup firag olunamaz; hűkűmdar cem’i varlıktan ğayri bir kimse deĝildir „ onu bizzat kendisi istimal eder.

“ Binaenaleyh, iradei umumiyenin ifadesi olacak kanunları ancak halk yapabilir; kűkűmdar odur. “ Hűkűmet, hűkűmdar ile tab’a arasında műtekabil műnasebetlerini te’min, kanunları tatbik, hűriyeti mezhebiye ve siyasiye yi te’mine hadim mutavassıt bir hey’ettir,„

Fakat biliyoruzki ihtilâl kanun esasileri bu noktada , Ru-soya sadık kalmamışlardır.

Hakimiyetin tevkıl kabul edeceĝi esası, bilakis, hukuku esasiye harsında muttefikane kabul olunmuřtur. Tevkilde firag manası yoktur, unkű mebuslar, műmessillerine, millete karřı mes’uldur ve her vakıt millete hesap vermekle műkelleftirler; intihabatın teedidi aynı zamanda bir muhasebenin rű’yeti me-sabesindedir.

Hűlâsa Firansa inkilabı kanun esasilerinin kabul ettiĝi nazariyeye gűre millet hakimiyetin sahibi aslisidir . Millet bir řahsın bűtűn hukuk ve salâhiyetlerini haizdir řahsiyeti hukukiyedir; vicdani, iradesi vardır. Millet denilen řahıs hattiza-tında devletten hariç bir varlıktır, devletten mukaddem de millet vardır, devlet ancak, bir milletin bulunduĝu yerde var olabilir; devlet olmaksızın bir millet yařaya bilir, veya devlet vucud bulmaksızın millet var olabilir; ancak millet kendisini temsil edecek bir veya bir kaç uzuv teřkil ettikten sonra dirki devlet var olabilir. uzuvlar ferdi olabileceĝi gibi hey’i (corporatif) de olabilir.

Millet dahilinde bu teazzuv husule geldikten sonra hakimiyetin sahibi aslisi olan millet ile műmessilleri arasında hakikî bir vekalet akti vardır. Bu vekâlet filan veya filan intihap da-iresi tarafından verilmiř deĝil belki bűtűn millet tarafından verilmiřtir, ve mes’uliyeti muciptir vekiller művekile (millete) hesap vermekle műkelleftir.

Binaenaleyh bu telâkkı altında devletin, mes'ül vekilleri, tarafından temsil edilen hükûmdar, *millet* tir .

Hakimiyet devletin vasfıdır diyoruz, fakat bu suretle ifade de bir suhulet olduğu içindir, hattızatinde hakimiyet millet şahsının vasfıdır, bu hakimiyet devlet vucut bulmaksızın de vardı. Milleti temsil edecek uzuvlar te'sis olunduktan sonra -dırki *devlet* vücut bulur.

Medeniyet aleminde milliyet cereyanı üzerine müessir bir rol ifa ederek muasır hukuk telâkkiyatında nafiz bir mevki kazanan bu Fransız nazariyesine mukabil Alman nazariye' hakimiyet mefhumun başka esas üzerine te'sis etmiştir.

## Alman nazariye

Fransız nazariyeye göre *millet* şahsî iktidarı ammenin sahibi olup zihaktır; hakimiyetin istimalini mümessillerine, idare edenlere vekâlet tarikile vermiştir.

Alman nazariye *millet* ile idare edenleri tefrik etmiyor hakimiyetin sahibi Devlettir. Devlet bir varlıktır tecezzi kabul etmez bir birliktir bu itibarla hakimiyet ve iktidarı amme sahibidir.

Bu tecezzi kabul etmeyen varlığa, şahsiyete vucut veren üç unsurdan mürekkeptir : *erazi, millet, hükümet*. Devletin bünyesinin böyle mürekkep olmasına rağmen tecezzi kabul etmez bir zihaktır ve hukuku, iktidarı ammesinden neş'et eder. Yalnız bir şahıs vardır oda *Devlet* tir. Ancak kumanda salâhiyetini haiz olan devlet ile teb'a arasında bir münasebet doğar. İdare edenler milletin mümessili değildir devletin uzuvlarıdır. Uzuv olmaları itibarile bir şahsiyetleri yoktur; onlarda devletin şahsı arasında bir hukukî münasebet mevcut olmadığı gibi uzuvlarla efrat arasında da bir hukukî münasebet mefruz olamaz Devlet uzuvsız olarak bir varlık olmaz. Devletin bir unsuru olan efrat ta sırf bu sıfatta bir uzuvdurlar ve nihayet,

devlet muayyen bir erazi üzerinde muteazuv bir hükûmete malik olmak itibariledirki kanunda salâhiyetini haiz *milli* bir *korporasion* dur kumanda salâhiyeti *herrschaft* devletin nefsi hukuku olup devlet olmak itibariledirki ona sahip buluniyor.

Bu nazariyenin müessisi Alaman hukuk erbabından Gerber (jerber). dir ve bir devlet hukuk nazariyesi te'sis etmeye çalışan ilk Alaman alimidir ona gelinceye kadar Alamanyada hakimiyet mülk nazariyesi hâkim idi. 1865 te eserini neşir etti ve az zamanda Almanya'da büyük bir ilmî nüfuz kazanarak son devir alaman hukuku ammesi üzerinde esaslı bir te'sir yapmıştır.

Jerber diyor ki: "devlet dahilindedir ki halk, cemî hayatın hukukî nizamını bulur. Devlet dahilindedir ki halk, cemî menafi'ini te'min ve muhafazası hususunda en esaslı vesaiti arar ve bulur, anda bütün kuvay maneviyesinin, müşterek menfaatlerini te'min hususunda lâzımgelen teşkilâtı alır.

Devlet, bir halkın Cemî hayatı için bir şekli hukukî dir ve bu şekli hukukî menşeiini insaniyetin manevî nizamında bulur. Devlet, hukukan, istipsara alınınca görülürki Cemî ve ya hukukî bir ş'u'ur, ehliyet, tabiri diğerle hukukî şahsiyet ihraz eder. Devlet, himaye etmesi ve halkın bütün kuvvetlerini müşterek menfaatlara tehakkuku emrinde sevk ve idare etmesi itibarile hukukî nizamın tanıdığı en yüksek bir hukukî şahsiyettir. Ehliyeti iradisi hukukun verebileceği en feyaz bir sahayı kazanmıştır. Devletin iradesindeki iktidar, *kumanda* iktidaridir; devlet iktidarı tesmiye olunur.

Devletin, devlet olması itibarile kumanda etmek iktidarını bizatihi haiz olduğu fikri kırk senedenberi eser yazan bütün alaman hukuk erbabınca kabul olunmuştur ve bu telâkki Profesör Jellinek ( Yelenek ) in ilmî kudreti sayesinde en mütekâmil ve en vazih bir mana almıştır; vilâyeti ammeyi haiz olan devletin şahsiyeti hukukiyesi doktrinini henüz vasıl olunamayan bir kemal hadine isal etmiştir.

Yelineğin devlet nazariyesi şu suretle icmal olunabilir.

“Devlet nevî bir ictimai zümre olmak itibarile bizatihi bir hukuku mevcuttur; devlet bir varlık olmak itibarile millet erazi ve efrattan hariç olarak mutalea olunur. Devlet millet ve eraziden mürekkep hey’i (Corporatif) bir varlıktır; Devlet hey’i hukukî bir varlık olup, muayyen bir erazi üzerinde müesses ve aslî (oreginaire) bir kumanda iktidarını *Herrschenmacht* haizdir. Tabiri diğerle, kendisince devlet aslî kumanda iktidarını haiz erzî (territorial) bir korporasion dur. Bu kumanda iktidarı devlet denilen hukukî şahsiyetin nefsî hukukudur; bu iktidar başka bir iktidar ile tahdit edilemez; devlet kendi kendisini tahdit eder tabir diğerle bu bir *tahdit binnefis* iktidarındır.

Filvaki devleti diğer ictimai zümrelerden ayırmağa temyize medar olan *vilâyeti amme* iktidarı hakkında yaptığımız tetkikat bizi şu neticeye isal eder.

Tarihî müşahede gösteriyorki hakimiyet hakkındaki yanlış telâkki hattızatında *vilâyet amme* tabirile *hakimiyet* tabirinin karıştırılmasından ileri gelmiştir.

Alaman hukukçuları vilâyeti ammeyi ifade için devlet iktidarı tabirini kullandıkları halde lâtin ve ingiliz hukukçuları hakimiyet tabirini kullanmışlardır.

2 — Tarihî tetkikat gösteriyorki hakimiyet kat’ı ifade eder bir mefhum değildir, tarihî bir tehassüdüdür ve devlet denilen varlığı seçmeğe yarar bir vasıf değildir. Bir siyasî teşekkül hakimiyeti olmaksızın devlet olabilir, tabiri diğerle, hakimiyet devlet şe’niyetini seçmeğe yarar zatî bir vasıf değildir. Tarihî tekâmül gösteriyorki 1; hakimiyet, devlet iktidarının diğer hangi bir iktidar tarafından tahdit edilememesini tazammun eder müstakil bir iktidardır 2; in yüksek iktidardır.

Birinci vasıf beynelmilel münasebetlerde tezahür eder.

İkinci ihtiva ettiği manevî şahsiyetlere nazaran hakim devletin vasfını gösterir.